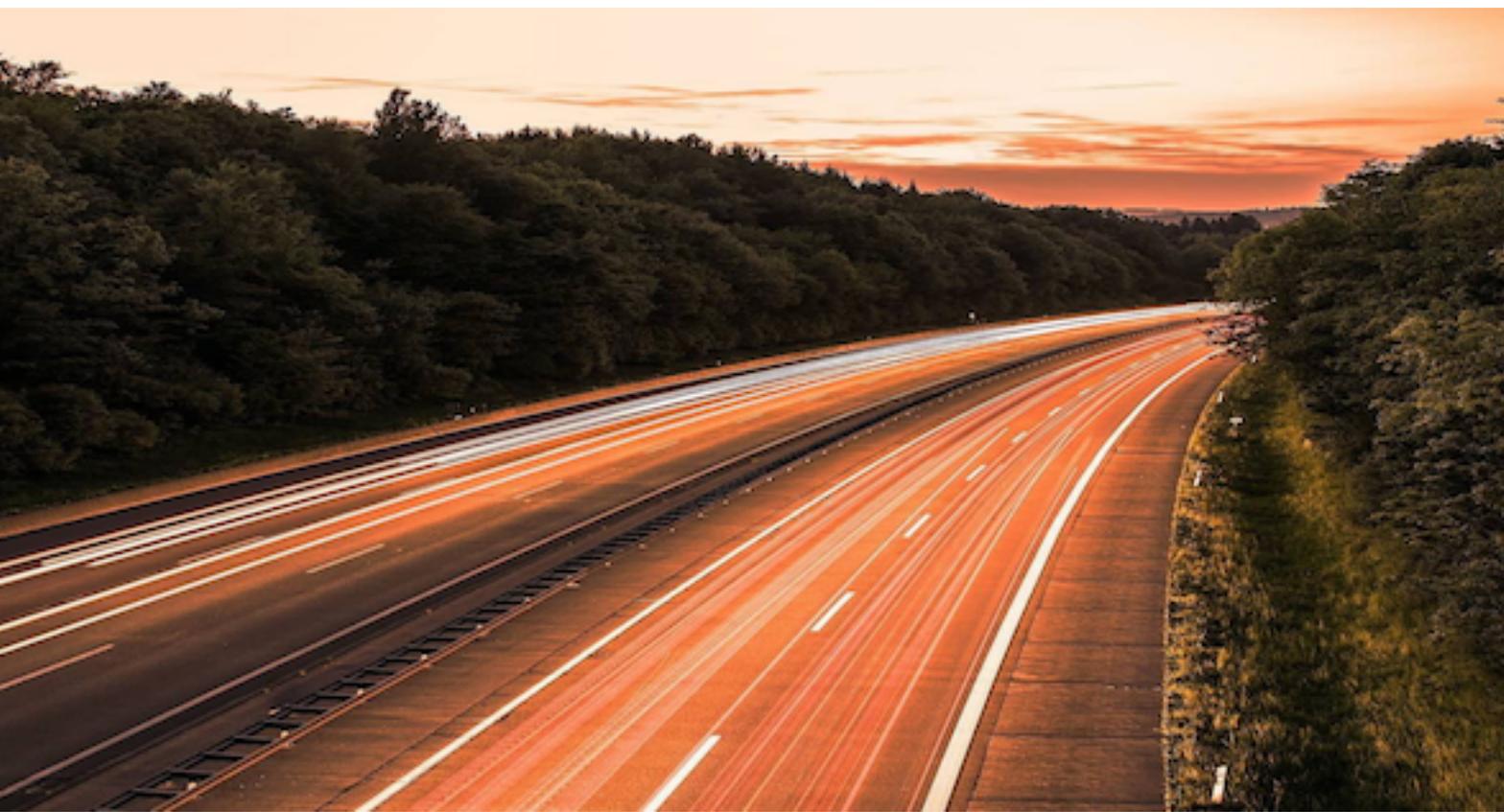


# Defensoria Pública Estadual



## Rodada 15.2020



# Rodada 15.2020

1. No dia 27 de janeiro de 2019 (domingo), MACACO LOUCO, 20 anos de idade, foi preso em flagrante delito pela Polícia Militar de Florianópolis/SC pela prática do crime de tráfico de drogas, crime tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Os policiais militares receberam denúncia anônima de que, na casa de MACACO LOUCO, situada na Rua Barriga Verde, nº 100, Centro, Florianópolis/SC, havia intensa movimentação de pessoas por conta de venda de drogas.

Os policiais se deslocaram até a residência e avistaram MACACO LOUCO na porta, sozinho, que, ao avistar a viatura da PM, correu para dentro de sua casa. Os policiais militares adentraram na casa de MACACO LOUCO e o prenderam. Ao realizarem busca na residência, encontraram dois tabletes de maconha enterrados no quintal da casa, ocasião em que o prenderam em flagrante delito.

Lavrado o flagrante, MACACO LOUCO foi conduzido à audiência de custódia, ocasião em que, após requerimento do Ministério Público, o flagrante foi homologado pelo juiz e convertida a prisão em flagrante em prisão preventiva ao fundamento de garantia da ordem pública, apesar de pedido do advogado constituído pela liberdade provisória. O juiz fundamentou a prisão preventiva na garantia da ordem pública, averbando que, a despeito de o custodiado não ter contra si qualquer condenação transitada em julgado, existiam três outros processos em andamento contra ele por tráfico de drogas.

Citado, MACACO LOUCO apresentou resposta à acusação por meio de advogado constituído. Na audiência de instrução, debates e julgamento, o magistrado começou a instrução pelo interrogatório do réu, com apoio no art. 57 da Lei nº 11.343/2006, ouvindo-se logo depois as testemunhas de acusação (todos policiais) e as testemunhas de defesa (vizinhos de MACACO LOUCO), as quais afirmaram que viram a polícia chegando e que o acusado correu para dentro de sua casa e teve sua prisão efetuada na residência, nada mais sabendo a respeito dos fatos.

Apresentadas as alegações orais, o juiz da 7ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis/SC sentenciou em audiência, condenando MACACO LOUCO a uma pena privativa de liberdade definitiva de 12 (doze) anos de reclusão em regime inicial fechado e a 1000 (mil) dias-multa. Ao dosar a pena, o juiz a fundamentou da seguinte forma.

Quanto à materialidade, restou comprovada, pois, apesar de não ter sido confeccionado laudo definitivo, foi confeccionado laudo de constatação por dois policiais civis, os quais atestaram que a substância apreendida era cannabis sativa lineu, conhecida como maconha.

Na primeira fase da dosimetria, valorou desfavoravelmente ao réu a culpabilidade, sob o fundamento de que o fato praticado é típico, antijurídico, e o agente é culpável; os antecedentes, porque o réu apresenta antecedentes, já que responde ao processo nº 0000343-33.2018.8.18.0387 por tráfico de drogas; a conduta social, porque o réu responde ao processo nº 0000123-45.2019.8.18.0387, também por tráfico de drogas, o que revela péssima conduta social; a personalidade, porque o réu responde ao processo nº 0000987-57.2018.8.18.0387, o que revela personalidade voltada ao crime; os motivos, porque o réu agiu movido pela ganância do dinheiro fácil, buscando lucro pelo comércio ilegal de drogas em vez de buscar trabalho honesto; as circunstâncias do crime, porque a casa do réu fica próximo a uma escola de ensino

médio, o que traz risco potencial aos adolescentes que lá estudam; e as consequências do crime, porque a infração penal perpetrada viola a saúde de toda a coletividade;

Na segunda fase, o magistrado não reconheceu qualquer atenuante e reconheceu a agravante da reincidência, uma vez que, quando era adolescente, MACACO LOUCO respondeu a uma ação socioeducativa na qual lhe foi aplicada medida socioeducativa de liberdade assistida.

Na terceira fase, aplicou aumento máximo de 2/3, porque reconheceu a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, já que o fato ocorreu nas imediações de uma escola de ensino médio. Ademais, deixou de reconhecer o tráfico privilegiado requerido pela defesa ao fundamento de que o réu responde a outros processos, o que revela que se dedica a atividades criminosas.

Intimado da sentença, MACACO LOUCO manifestou o desejo de recorrer, o que foi certificado pelo oficial de Justiça.

O advogado do réu foi intimado da sentença pela imprensa oficial, mas se ficou inerte, ocasião em que o magistrado imediatamente enviou os autos à Defensoria Pública para prestar assistência jurídica ao acusado.

Os autos deram entrada na Defensoria Pública no dia 8 de maio de 2019 (quarta-feira) e foram ao gabinete do defensor público no dia seguinte, ocasião em que ele tomou ciência da sentença.

Você é o(a) defensor(a) público(a) intimado(a). Nessa condição e com base apenas nas informações acima expostas e naquelas que podem ser inferidas do enunciado, redija a medida judicial diferente de “habeas corpus” e dos embargos de declaração que melhor atenda aos interesses de MACACO LOUCO, datando-a no último dia do prazo de interposição. DISPENSE A NARRAÇÃO DOS FATOS. Explane todas as teses defensivas pertinentes sem lançar mão de jurisprudência, tampouco de texto literal de súmulas. Use apenas a lei sem comentários (“lei seca”).

Boa prática!

## Comentários

### 1. MEDIDA JUDICIAL CABÍVEL E FUNDAMENTO LEGAL

O aluno deve apresentar RAZÕES DE APELAÇÃO, com fundamento no art. 600 do Código de Processo Penal:

“Art. 600. Assinado o termo de apelação, o apelante e, depois dele, o apelado terão o prazo de oito dias cada um para oferecer razões, salvo nos processos de contravenção, em que o prazo será de três dias.”

Note que o próprio sentenciado apelou da sentença, motivo pelo qual não mais há necessidade de o defensor público apresentar recurso de apelação.

Deve, pois, apresentar somente as razões de apelação, porquanto, a despeito de o acusado ter capacidade postulatória para recorrer (desdobramento da autodefesa), não dispõe de conhecimentos técnicos para arrazoá-lo.

## 2. DO ENDEREÇAMENTO

O aluno deve apresentar duas peças: a) petição de juntada das razões recursais; b) razões de apelação.

A petição de juntada das razões de apelação deve ser endereçada ao Juízo da 7ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis/SC, ao passo que as razões de apelação devem ser endereçadas ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

## 3. DA TEMPESTIVIDADE

Quanto ao prazo recursal, o art. 600 do CPP prevê o prazo de 8 (oito) dias para apresentação das razões de apelação, o qual é dobrado para a Defensoria Pública, nos termos do art. 128, inciso I, da LC nº 80/94, bem como art. 186 do CPC e do art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50. É dizer, o defensor público tem 16 (dezesesseis) dias para apresentar as razões de apelação.

Segundo o enunciado, os autos deram entrada na Defensoria Pública no dia 8 de maio de 2019 (quarta-feira) e foram ao gabinete do defensor público no dia seguinte, ocasião em que ele tomou ciência da sentença. Antes de procedermos à contagem do prazo recursal, convém mencionar que o STJ tem entendimento de que o termo inicial do prazo recursal para a Defensoria Pública deve ter como base o dia em que os autos dão entrada na repartição administrativa, e, não, no dia em que o defensor público apõe o ciente da decisão nos autos, sob pena de o prazo ficar ao alvedrio do defensor público.

Assim, o termo inicial é o dia 9 de maio de 2019 (quinta-feira), pois, nos termos do art. 798, § 1º, do CPP, não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento. Contando-se 16 dias a partir de 9 de maio de 2019, chegaremos ao dia 24 de maio de 2019 (sexta-feira) com termo final. Assim, o aluno deve datar a peça no dia 24 de maio de 2019.

Lembre-se de que a regra prevista no CPC de contagem de prazos apenas em dias úteis não se aplica ao processo penal, pois não há lacuna no CPP, uma vez que o art. 798 do CPP prevê que “todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado”.

## 4. PRELIMINARES

#### 4.1. NULIDADE DA BUSCA E APREENSÃO POR FALTA DE MANDADO JUDICIAL

Os policiais receberam denúncia anônima de intensa movimentação de pessoas na casa de MACACO LOUCO em razão da prática de suposto crime de tráfico de drogas, ocasião em que se deslocaram até lá e avistaram MACACO LOUCO na porta, sozinho, que, ao avistar a viatura da PM, correu para dentro de sua casa. Os policiais militares adentraram na casa e prenderam MACACO LOUCO. Ao realizarem busca na residência, encontraram dois tabletes de maconha enterrados no quintal da casa, ocasião em que o prenderam em flagrante delito.

A Constituição Federal prevê que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (CF, art. 5º, XI). Portanto, salvo nas hipóteses de flagrante delito, desastre, prestação de socorro ou determinação judicial (somente durante o dia), ninguém poderá adentrar na residência de outrem sem o consentimento de seu morador.

A jurisprudência pátria fixou o entendimento de que, no caso de crime permanente, como o é o tráfico de drogas, os policiais somente podem adentrar na casa se notarem, em diligências prévias, indícios da prática de delito. É certo que lhes é vedado sem tomar essa cautela e buscar a justificação do flagrante posteriormente com a apreensão da droga. Nesse sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 603616, com repercussão geral reconhecida, e, por maioria de votos, firmou a tese de que “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”.

Portanto, considerando que MACACO LOUCO estava sozinho na porta de sua casa e considerando que os policiais não realizaram diligências a fim de constatar a existência de fundadas suspeitas da prática de tráfico de drogas (crime permanente), a ausência de mandado torna nula a busca e apreensão, bem como as provas dela decorrentes (teoria da árvore dos frutos envenenados) devendo o aluno requerer a decretação dessa nulidade em sede de preliminar.

#### 4.2. NULIDADE PORQUE NÃO FOI OPORTUNIZADO AO RÉU ESCOLHER DEFENSOR DE SUA CONFIANÇA. VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA

Percebe-se da narrativa do enunciado que o advogado regularmente constituído pelo acusado foi intimado da sentença pela imprensa oficial, mas se ficou inerte, ocasião em que o magistrado imediatamente enviou os

autos à Defensoria Pública para prestar assistência jurídica ao acusado.

O imediato envio dos autos para a Defensoria Pública — como no caso em apreço, sem que seja oportunizado ao acusado a constituição de advogado de sua confiança — configura nulidade absoluta por violação à ampla defesa.

A jurisprudência é pródiga em julgados para declarar a nulidade absoluta da decisão judicial que, sem intimar o acusado para constituir advogado de sua confiança, manda os autos para a Defensoria Pública ou nomeia advogado dativo depois da renúncia ou abandono do processo pelo patrono constituído:

“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL MILITAR. PECULATO. ADVOGADO QUE RENUNCIOU OPORTUNAMENTE À DEFESA DO RÉU. PACIENTE NÃO INTIMADO PARA CONSTITUIR NOVO PATROCINADOR. JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO ANULADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Acusado tem o direito de constituir advogado de sua confiança para atuar no processo-crime a que responde, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

2. Tendo sido a renúncia do anterior Advogado oportunamente protocolizada perante o Tribunal a quo, a falta de intimação do Paciente para constituir novo Patrocinador enseja nulidade absoluta.

3. Ordem concedida para determinar a anulação do feito desde o julgamento da apelação, garantindo ao Paciente a oportunidade de nomear novo Advogado para acompanhar o julgamento do recurso.”

(HC 132.108/PA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 07/02/2011).

Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento sumulado de que “é nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro.” (Enunciado nº 708 da Súmula do STF).

Ainda, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu art. 8º, 2, “d”, prescreve que é direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.

Por fim, o Código de Processo Penal, em seu art. 263, prevê que o acusado pode, a todo tempo, constituir advogado de sua confiança no caso de o juiz nomear causídico para sua defesa pelo fato de o réu não apresentar nenhum, o que revela que é direito do acusado constituir seu próprio advogado.

Assim, deve o aluno arguir, em sede de preliminar, a nulidade absoluta da decisão judicial que determinou o envio dos autos à Defensoria Pública para apresentação das razões de apelação, em função da ausência de oportunidade ao réu para constituir advogado de sua confiança.

### 4.3. NULIDADE POR ERROR IN PROCEDENDO CONSISTENTE NA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO COMO PRIMEIRO ATO DA INSTRUÇÃO

Até bem pouco tempo, a jurisprudência vinha entendendo que deveria ser observado o princípio da especialidade em relação às leis especiais que previam o interrogatório como o primeiro ato da instrução criminal. Esse é o caso da Lei de Drogas, que prevê em seu art. 57:

“Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.”

Sucedo que, no julgamento do HC nº 127.900/AM, Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 03/03/2016, o STF firmou o entendimento de que, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o art. 400 do CPP, que prevê o interrogatório como último ato da instrução processual, deve ser aplicado para as leis penais especiais, como é o caso da Lei de Drogas, que preveem o interrogatório como primeiro ato. O STF firmou a compreensão de que as instruções criminais realizadas a partir da publicação da ata do julgamento do HC 127.900/AM (11 de março de 2016) devem seguir a nova orientação.

O STJ, no julgamento do HC 397.382-SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 3/8/2017, seguiu a mesma orientação:

“A controvérsia jurídica cinge-se a analisar suposta nulidade na realização do interrogatório, como primeiro ato da instrução processual, de acusado pela prática de cometer crime de tráfico de drogas. Há longa data, o Superior Tribunal de Justiça, com o aval da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, vinha entendendo, com assento no princípio da especialidade, que a nova sistemática estabelecida pelo art. 400 do CPP, com a redação conferida pela Lei n. 11.719/2008 – que transpôs a oitiva do acusado para o fim da audiência –, não se aplicaria ao procedimento próprio descrito nos arts. 54 a 59 da Lei de Drogas, segundo a qual o interrogatório ocorreria em momento anterior à oitiva das testemunhas, na forma como preconiza o art. 57 do referido diploma legal. Ocorre que, no julgamento do HC n. 127.900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 3/8/2016, a Suprema Corte, por seu Plenário, realizou uma releitura do artigo 400 do CPP, à luz do sistema constitucional acusatório e dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Naquela assentada, reconheceu-se, em razão de mostrar-se mais compatível com os postulados que informam o estatuto constitucional do direito de defesa, uma evolução normativa sobre a matéria, de forma que, por ser mais favorável ao

rêu e por se revelar mais consentânea com as novas exigências do processo penal democrático, a norma contida no art. 400 do CPP, na redação dada pela Lei n. 11.719/08, deveria irradiar efeitos sobre todo o sistema processual penal, ramificando-se e afastando disposições em sentido contrário, mesmo em procedimentos regidos por leis especiais. Arredou-se, pois, o consagrado critério de resolução de antinomias – princípio da especialidade –, em favor de uma interpretação teleológica em sintonia com o sistema acusatório constitucional, sem que tenha havido, no entanto, declaração de inconstitucionalidade das regras em sentido contrário predispostas em leis especiais ou mesmo da redação originária do art. 400 do CPP. Em conclusão: o interrogatório passa a ser o último ato da instrução, sendo que a Lei n. 11.719/2008, geral e posterior, prepondera sobre as disposições em contrário presentes em leis especiais. Por fim, importante ressaltar que, em atenção ao princípio da segurança jurídica, foi realizada a modulação dos efeitos da decisão da Corte Suprema, pelo que a nova interpretação dada somente teria aplicabilidade a partir da publicação da ata daquele julgamento, ocorrida em 11.03.2016 (DJe n. 46, divulgado em 10/3/2016). A partir desse marco, portanto, incorreriam em nulidade os processos em que o interrogatório fosse o primeiro ato da instrução.”

Assim, diante dessa nova orientação firmada pela Suprema Corte, conclui-se que o interrogatório nos procedimentos de tráfico de drogas também deve ser realizado ao final da instrução probatória, é dizer, o art. 400 do CPP deve prevalecer em detrimento da regra do art. 57 da Lei nº 11.343/06. Tal orientação deve ser seguida em qualquer procedimento que preveja o interrogatório como primeiro ato da instrução, como, por exemplo, nos procedimentos previstos na Lei nº 8.038/90 e no CPPM, sob pena de nulidade por violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Assim, deve o aluno requerer a nulidade da realização do interrogatório como primeiro ato da investigação.

## 5. MÉRITO

### 5.1. AUSÊNCIA DE PROVA DE MATERIALIDADE POR FALTA DE LAUDO DEFINITIVO

Em regra, para a prova da materialidade do crime de tráfico de drogas, urge a confecção de laudo definitivo, sendo certo que o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea, serve apenas para a lavratura do auto de prisão em flagrante, nos termos do art. 50, § 1º, da Lei nº 11.343/2006:

“Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

§1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

§2º O perito que subscrever o laudo a que se refere o § 1º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.”

Excepcionalmente, o STJ entende que, na falta de confecção do laudo definitivo, o laudo de constatação pode servir para a prova da materialidade, desde que subscrito por perito oficial e com procedimentos e conclusões equivalentes ao laudo definitivo:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. MATERIALIDADE DELITIVA. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. PRESCINDÍVEL QUANDO ACOSTADO AOS AUTOS LAUDO DE CONSTATAÇÃO, ASSINADO POR PERITO OFICIAL, QUE PERMITA, COM GRAU DE CERTEZA, AFERIR A NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O entendimento adotado pelo Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, segundo a qual conquanto o laudo toxicológico definitivo, via de regra, seja imprescindível para provar a materialidade do delito de tráfico de drogas, a ausência da mencionada prova técnica não afasta a possibilidade de que em casos excepcionais, essa comprovação se dê “[...] pelo próprio laudo de constatação provisório, quando ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes. Isso porque, a depender do grau de complexidade e de novidade da droga apreendida, sua identificação precisa como entorpecente pode exigir, ou não, a realização de exame mais complexo que somente é efetuado no laudo definitivo.” (REsp 1.544.057/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2016, DJe 09/11/2016).

2. No crime de tráfico de drogas, a lei não exige que a perícia seja realizada pela polícia brasileira. Nesse sentido: HC 177.613/AM, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 03/11/2011.

3. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no REsp 1710211/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 28/10/2019).

Porém, no caso do enunciado, não houve confecção do laudo definitivo, e o laudo de constatação foi subscrito por policiais civis.

Logo, deve o aluno requerer a decretação da nulidade, com fundamento no art. 564, III, “b”, do CPP, e averbar a falta de provas de materialidade, requerendo a absolvição do recorrente com fulcro no art. 386, II, do CPP.

## 5.2. DO ERROR IN JUDICANDO CONSISTENTE NA EQUIVOCADA

## DOSIMETRIA DA PENA.

### 5.2.1. DOS EQUÍVOCOS NA PRIMEIRA FASE DE DOSIMETRIA DA PENA

Na primeira fase da dosimetria, valorou desfavoravelmente ao réu a culpabilidade, sob o fundamento de que o fato praticado é típico, antijurídico, e o agente é culpável; os antecedentes, porque o réu apresenta antecedentes, já que responde ao processo nº 0000343-33.2018.8.18.0387 por tráfico de drogas; a conduta social, porque o réu responde ao processo nº 0000123-45.2019.8.18.0387, também por tráfico de drogas, o que revela péssima conduta social; a personalidade, porque o réu responde ao processo nº 0000987-57.2018.8.18.0387, o que revela personalidade voltada ao crime; os motivos, porque o réu agiu movido pela ganância do dinheiro fácil, buscando lucro pelo comércio ilegal de drogas em vez de buscar trabalho honesto; as circunstâncias do crime, porque a casa do réu fica próximo a uma escola de ensino médio, o que traz risco potencial aos adolescentes que lá estudam; e as consequências do crime, porque a infração penal perpetrada viola a saúde de toda a coletividade.

O juiz de piso incidiu em “error in iudicando” ao valorar negativamente todas essas circunstâncias judiciais.

A culpabilidade do art. 59 do CP não é a mesma culpabilidade como terceiro substrato do crime, a qual tem como elementos a potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa e imputabilidade. Portanto, a fundamentação da valoração negativa da culpabilidade é inadequada, razão pela qual deve o aluno pedir que seja valorada de forma neutra.

O STJ tem entendimento de que inquéritos policiais, ações penais em andamento e condenações ainda não transitadas em julgado não podem servir de base para a valoração negativa dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE. ANOTAÇÕES CRIMINAIS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.  
(...)

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Inquéritos policiais, ações penais em andamento e até mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, e servir de supedâneo para justificar o afastamento da reprimenda básica do mínimo legalmente previsto em lei, sob pena de malferir o princípio constitucional da

presunção de não culpabilidade. Precedentes.

- No caso, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na exasperação da pena-base em razão da análise desfavorável da personalidade, utilizando-se, para tanto, o envolvimento da paciente em outros delitos.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena da paciente.”

(HC 499.348/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2019, DJe 30/04/2019).

Esse também é o entendimento sufragado no enunciado nº 444 da Súmula do STJ:

“É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”

Quanto à circunstância judicial motivos do crime, também incidiu em “error in judicando” o magistrado “a quo” ao dispor que o réu agiu movido pela ganância do dinheiro fácil, buscando lucro pelo comércio ilegal de drogas em vez de buscar trabalho honesto, porque a ganância é própria do crime de tráfico de drogas, por isso a referida circunstância judicial não pode ser usada para valorar desfavoravelmente ao réu.

Quanto às circunstâncias do crime, o magistrado valorou-a negativamente ao fundamento de que a casa do réu fica próximo a uma escola de ensino médio, o que traz risco potencial aos adolescentes que lá estudam. Em verdade, a Lei de Drogas prevê essa circunstância como causa de aumento de pena, motivo pelo qual houve bis in idem porque o juiz também reconheceu essa circunstância como causa de aumento de pena, na terceira fase.

Porém, tal circunstância não poderia ter sido valorada desfavoravelmente ao réu, pois o fato aconteceu num domingo, pelo que se conclui que a instituição de ensino estava fechada. O STJ tem entendimento da não incidência da referida circunstância quando o estabelecimento de ensino está fechado, uma vez que inexistente a exposição de aglomeração de pessoas à atividade criminosa, o que é a razão da causa de aumento de pena:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DA PENA. ART. 40, INCISO III, DA LEI Nº 11.343/2006. INFRAÇÃO COMETIDA NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO EM UMA MADRUGADA DE DOMINGO. AUSÊNCIA DE EXPOSIÇÃO DE UMA AGLOMERAÇÃO DE PESSOAS À ATIVIDADE CRIMINOSA. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. AFASTAMENTO DA MAJORANTE.

1. A causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 tem natureza objetiva, não sendo necessária a efetiva comprovação de mercancia na respectiva entidade de ensino, ou mesmo de que o comércio visava a atingir os estudantes, sendo suficiente que a prática

ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações do estabelecimento.

2. A razão de ser da norma é punir de forma mais severa quem, por traficar nas dependências ou na proximidade de estabelecimento de ensino, tem maior proveito na difusão e no comércio de drogas em região de grande circulação de pessoas, expondo os frequentadores do local a um risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância.

3. Na espécie, diante da prática do delito em dia e horário (domingo de madrugada) em que o estabelecimento de ensino não estava em funcionamento, de modo a facilitar a prática criminosa e a disseminação de drogas em área de maior aglomeração de pessoas, não há falar em incidência da majorante, pois ausente a ratio legis da norma em tela.

4. Recurso especial improvido.”

(REsp 1719792/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 26/03/2018).

Por fim, quanto às consequências do crime, o juiz valorou-a negativamente porque a infração penal perpetrada viola a saúde de toda a coletividade. O aluno também deve requerer a valoração dessa circunstância como neutra, pois a saúde de toda a coletividade é o bem jurídico tutelado pela norma do art. 33 da Lei de Drogas, de modo que já foi levado em conta pelo legislador para incriminar a conduta de tráfico de drogas.

#### 5.2.2. DOS EQUÍVOCOS NA SEGUNDA FASE DE DOSIMETRIA DA PENA

Deve o aluno requerer a reforma da sentença a fim de que seja reconhecida a atenuante da menoridade relativa.

O enunciado é claro na descrição do apelante, que tinha 20 anos de idade na data dos fatos, pelo que faz jus à atenuante do art. 65, I, do CP.

Ademais, incidiu em error in iudicando o magistrado ao reconhecer a agravante da reincidência, pois a existência de ação socioeducativa contra o réu não gera reincidência.

Atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base e muito menos servirem para configurar reincidência, segundo entendimento do STJ firmado no HC 289.098/SP.

Assim, na segunda fase, deve o aluno requerer também o afastamento da reincidência.

#### 5.2.3. DOS EQUÍVOCOS NA TERCEIRA FASE DE DOSIMETRIA DA PENA.

Na terceira fase, aplicou aumento máximo de 2/3, porque reconheceu a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, já que o fato ocorreu nas imediações de uma escola de ensino médio. Ademais, deixou de reconhecer o tráfico privilegiado requerido pela defesa ao

fundamento de que o réu responde a outros processos, o que revela que se dedica a atividades criminosas.

As razões do error in iudicando quanto ao reconhecimento da circunstância de o fato ter ocorrido nas imediações de uma escola já foram expostas no item 5.1.1.

Ademais, o art. 40 da Lei de Drogas prevê que o aumento decorrente do reconhecimento de alguma causa de aumento de pena é de um sexto a dois terços. Assim, o magistrado aplicou o aumento máximo sem fundamentar a razão. Assim, com base no art. 93, IX, da CF, deve o aluno, subsidiariamente, requerer a nulidade da sentença nessa parte, requerer que, caso mantida a majorante, que seja aplicado o menor aumento da fração variável prevista no caput do art. 40 da Lei de Drogas.

Quanto ao não reconhecimento do tráfico privilegiado, deve o aluno requerer a reforma da decisão para que seja reconhecida essa causa de diminuição de pena.

O STJ entende que inquéritos policiais e ações penais em andamento podem afastar o tráfico privilegiado ao fundamento de que evidenciam que o réu se dedica a atividades criminosas, o que não atenderia aos requisitos (cumulativos) do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006:

“(…) É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para a formação da convicção de que o Réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

(…)”

(AgRg no HC 539.666/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 09/03/2020).

Deve o aluno sustentar a inconstitucionalidade desse entendimento por confrontar o princípio da presunção de inocência, na acepção do dever de o réu ser tratado como inocente. Ora, a partir do momento em que o juiz usa ações penais em curso para afastar a minorante, não o está tratando como inocente.

## 6. DOS PEDIDOS

Posto isso, requer-se:

(a) o conhecimento e provimento do recurso para, em sede de preliminar, reconhecer as seguintes nulidades:

a.1) nulidade da busca e apreensão por falta de mandado judicial e ausência de indícios da existência do flagrante delito dentro da casa do recorrente;

a.2) nulidade por ausência de intimação do réu para constituir advogado de sua confiança;

a.3) nulidade por realização do interrogatório como primeiro ato da instrução processual;

(b) no mérito, requer-se a reforma da sentença para absolver o recorrente por falta de prova da materialidade delitiva, haja vista a ausência de laudo definitivo;

subsidiariamente, requer-se:

c) valorar como neutras as circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos antecedentes, dos motivos do crime, da conduta social, da personalidade, das circunstâncias e das consequências do crime;

d) reconhecer a atenuante da menoridade relativa;

e) o afastamento da agravante da reincidência, haja vista que atos infracionais pretéritos não podem servir de base para reconhecimento de atenuante;

f) seja afastada a majorante do art. 40, III, da Lei de Drogas, haja vista que o fato aconteceu num dia em que a escola estava fechada; acaso mantida a causa de aumento de pena, requer seja reformada a sentença para reconhecer a nulidade por ausência de fundamentação no patamar máximo e para que seja aplicada a fração mínima;

g) reconhecer a minorante do tráfico privilegiado, porquanto é inconstitucional, por violação ao princípio da presunção de inocência, usar inquéritos policiais e ações penais em curso para afastar a minorante ao fundamento de que o acusado se dedica a atividades criminosas.

Nesses Termos,

Pede Deferimento.

Florianópolis/SC, 24 de maio de 2019.

Defensor Público

## Melhores Respostas

Não houve respostas muito boas nesta rodada.